



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Kunstauktionen im Wettbewerb

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-102565>

Book Section

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2014). Kunstauktionen im Wettbewerb. In: Büscher, Wolfgang; et al. Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag. München: Beck, 175-191.

Andreas Heinemann

Kunstauktionen im Wettbewerb

Auktionen sind eine besonders transparente Wettbewerbsform, die es gegen Manipulationen zu schützen gilt. Anschaulich wird dies am Beispiel der Kunstauktion. Hier begegnen sich drei Rechtsgebiete, welche die besondere Wertschätzung des Jubilars genießen, nämlich das Immaterialgüter-, Lauterkeits- und Kartellrecht. Eingehend hat er sich mit dem gegenseitigen Verhältnis dieser Materien auseinandergesetzt.¹ Der Schwerpunkt der folgenden Darstellung liegt auf den kartellrechtlichen Anforderungen an Kunstauktionen, wobei Bezüge zum Recht des geistigen Eigentums und zum Recht gegen den unlauteren Wettbewerb hergestellt werden. Der Beitrag ist einem Kollegen gewidmet, der als Richter und als Wissenschaftler das Wirtschaftsrecht maßgeblich geprägt hat.

I. Problemstellung

1. Begriff und Bedeutung der (Kunst-)Auktion

Das Wort „Auktion“ stammt vom lateinischen Wort *augere* ab, das mit vergrößern oder vermehren übersetzt werden kann. Die Teilnehmer der Auktion überbieten sich gegenseitig, um den Zuschlag zu erhalten. Die ursprüngliche Wortbedeutung scheint im deutschen Begriff der Versteigerung und im französischen Ausdruck der *vente aux enchères* durch.

Typischerweise (wenn auch nicht zwingend) betreffen Kunstauktionen Sekundärmärkte: Während der erstmalige Verkauf eines Kunstwerks häufig direkt durch die Künstler selbst oder über Agenten, Galerien oder Kunstmessen erfolgt, wird durch Auktionen traditionell der Wiederkauf von Kunstwerken organisiert.² Die beiden weltweit führenden Kunstauktionshäuser sind *Sotheby's* und *Christie's*, die 1744 und 1766 in England gegründet wurden und seit langer Zeit weltweit aktiv sind.

2. Kartellrechtliche Probleme

In den neunziger Jahren waren die beiden Häuser in Kartellabsprachen verstrickt, die von der Antitrust Division des US Department of Justice und von der Europäischen Kommission untersucht und geahndet wurden. Horizontale Preisabsprachen gehören zu den gravierendsten Wettbewerbsverstößen. Es stellen sich aber auch andere kartellrechtliche Probleme in Bezug auf Kunstauktionen. Zur Sprache kommen hier Absprachen zwischen Bietern, Scheingebote, Ausschließlichkeitsbindungen zwischen Einlieferern und Auktionshäusern und Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Authentifizierung von Kunstwerken.

3. Wirtschaftliche Bezüge

Bevor die rechtlichen Fragen behandelt werden, sei auf die wirtschaftlichen Eigenheiten der Kunstauktion eingegangen. Es wird sich zeigen, dass Auktionen die Transparenz in einem Wirtschaftssektor steigern, der durch ein besonders hohes Maß an Subjektivität geprägt ist. Umso wichtiger ist es, den Wettbewerb hier vor Verfälschungen zu bewahren.

II. Ökonomik der Kunstauktion

¹ Für das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrecht und Lauterkeitsrecht s. *Bornkamm* GRUR 2005, 97; GRUR 2011, 1; zu Schnittstellen zwischen Patent- und Kartellrecht siehe beispielsweise die unter Mitwirkung von *Joachim Bornkamm* gefällten Urteile des BGH-Kartellsenats in den Rechtssachen *Standard-Spundfass* (BGHZ 160, 67) und *Orange-Book-Standard* (BGHZ 180, 312).

² *Kemle* Kunstmessen: Zulassungsbeschränkungen und Kartellrecht, 2006, 41.

1. Markteigenschaften

Vollkommene Märkte im Sinn der Mikroökonomie zeichnen sich durch eine unbeschränkte Anzahl von Verkäufern und Käufern, die Homogenität der gehandelten Güter, vollständige Information, die Abwesenheit von Marktzutrittsschranken und Transaktionskosten sowie höchste Anpassungsgeschwindigkeit aus. Preistheoretischen Modellen liegt zudem in aller Regel die Annahme zugrunde, dass die Akteure rational und gewinnmaximierend handeln.

Kunstauktionen weisen vor diesem Hintergrund extreme Eigenschaften auf. Die meisten der genannten Kriterien sprechen für hohe Unvollkommenheit der einschlägigen Märkte: Kunstwerke sind in der Wahrnehmung der Marktteilnehmer von maximaler Heterogenität, da die Präferenzen in diesem Bereich kaum individueller sein könnten. Häufig besteht ein Unterschied zwischen *private value* und *common value*, wenn nämlich die subjektive Wertschätzung den objektiven Wert übersteigt.³ Die Transaktionskosten sind hoch, da regelmäßig Expertisen zu erstellen sind und die Veranstaltung der Auktion kostspielig ist. Die Marktprozesse laufen in der Regel langsam ab. Zudem wird die Rationalitätshypothese durch starke Emotionen im Kunstbereich, besonders herausgefordert.⁴

Andererseits zielt die Transaktionsform der Auktion auf höchste Transparenz: Informationsasymmetrien sollen überwunden und preisliche Spielräume ausgeschöpft werden. Die Auktion ermöglicht es, so viele Akteure wie möglich in den Verhandlungsprozess einzubeziehen. Versteigerungen steuern damit den natürlichen Unvollkommenheiten der betroffenen Märkte im Rahmen des Möglichen entgegen.

2. Auktionsformen

Die Auktionstheorie ist ein Unterfach der Mikroökonomie und der Spieltheorie und beschäftigt sich mit der Funktionsweise und der Organisation von Versteigerungen.⁵ Es existieren zahlreiche Auktionsformen, deren Grundtypen die mehrstufige und die einstufige Auktion sind. Bei der mehrstufigen, ansteigenden Auktion geben die Bieter fortlaufend höhere Gebote ab; sie können beobachten, wann Wettbewerber aus dem Bietprozess aussteigen. Der Höchstbietende erhält den Zuschlag (englische Auktion). Seltener ist die holländische Auktion („umgekehrte Versteigerung“), bei welcher der vom Verkäufer verlangte Preis rückläufig ist und der Zuschlag an denjenigen geht, der als erster annimmt.

Den mehrstufigen, offenen Auktionen stehen die einstufigen, verdeckten Auktionen gegenüber, in denen nur ein Gebot abgegeben wird und keine Kenntnis vom Verhalten der anderen Bieter existiert, weil die Gebote beispielsweise im verschlossenen Umschlag eingereicht werden. Bei der verdeckten Erstpreisauktion hält der Höchstbietende den Zuschlag zu dem von ihm gebotenen Preis. Dem steht die Vickreyauction gegenüber, die nach dem Gründer der modernen Auktionstheorie benannt ist.⁶ Hier erhält zwar ebenfalls der Höchstbietende den Zuschlag; er muss aber nur den Betrag des zweithöchsten Gebots zahlen.

³ Dies ist aber kein notwendiges Merkmal von Kunstmärkten: Dienen Kunstwerke vorwiegend der Wertanalyse, fließt kein Affektionsinteresse in die Preisbildung ein.

⁴ Auktionen können überdies eine unvorhersehbare Eigendynamik gewinnen. S. auch § 15 Abs. 2 S. 1 der Versteigerungsverordnung des Kantons Zürich (Ordnungs-Nr. 235.15), wonach die unentgeltliche Abgabe von alkoholischen Getränken, Ess- und Raucherwaren untersagt ist. Ruoss (Scheingebote an Kunstauktionen, 1984, 14) spricht vom „Steigerungsfieber“ (*calor licitantis*).

⁵ Die Begriffe der Auktion und der Versteigerung werden hier synonym verwendet; eine Einschränkung auf öffentliche Versteigerungen i.S. von § 383 Abs. 3 S. 1 BGB findet nicht statt.

⁶ S. Vickrey, Counterspeculation, auctions, and competitive sealed tenders, 16 The Journal of Finance 8 (1961). William Spencer Vickrey erhielt 1996 den Wirtschaftsnobelpreis. Sein Vorschlag zur Ausgestaltung von Auktionen lässt sich auch als Anwendungsfall der allgemeineren Mechanismus-Design-Theorie deuten, für die Hurwicz, Maskin und Myerson 2007 mit dem Wirtschaftsnobelpreis ausgezeichnet wurden.

Das Verfahren schafft Anreize, die wahre Zahlungsbereitschaft offen zu legen, ohne dafür mit dem *winner's curse* belegt zu werden.⁷

Im Kunsthandel ist die englische Auktion üblich.⁸ Die Interessenten überbieten sich also gegenseitig, wobei zwar das Bietverhalten der anderen Teilnehmer transparent ist, die Identität der Bieter aber durch Vertreter oder Mittel der Telekommunikation verborgen bleiben kann. Bei der Kunstauktion bestimmt der Einlieferer typischerweise einen Mindestzuschlagpreis (Reserve, Reservationspreis oder Vorbehaltspreis). Er ist vertraulich und darf maximal den Schätzpreis betragen.⁹ Es kommt also nicht zum Zuschlag (§ 156 BGB), wenn das Höchstgebot den Mindestzuschlagpreis nicht erreicht.

Für die bedeutenden Auktionshäuser und Auktionen ist die klassische englische Präsenzversteigerung nach wie vor die ganz überwiegende Transaktionsform, die durch live zugeschaltete Online-Kunden ergänzt werden mag.¹⁰ Selbstverständlich werden Kunstwerke aber auch über das Internet und die dort allgemein bekannten Versteigerungs- bzw. Handelsportale verkauft.¹¹ Die wettbewerbsrelevanten Probleme unterscheiden sich nicht grundsätzlich vom traditionellen Kunstvertrieb.¹² Im Folgenden wird vom klassischen Grundtypus der Kunstauktion ausgegangen.

3. Relevante Märkte

Verschiedene Märkte im Zusammenhang mit Kunst sind zu unterscheiden, wobei in vorliegendem Zusammenhang die Märkte für Kunstauktionen, für Kunstwerke und für die Authentifizierung von Kunst im Vordergrund stehen.¹³

a) Kunstauktionsmarkt

Als Kunstauktionsmarkt wird der Markt für die Dienstleistungen bezeichnet, die von Kunstauktionshäusern erbracht werden. Diese nehmen den zu veräußernden Gegenstand entgegen, ermitteln den Schätzpreis, erstellen einen Katalog, machen geeignete Werbung, führen die Auktion durch und wickeln das Geschäft ab. Üblicherweise wird mit dem Verkäufer eine Verkäuferprovision, mit dem Ersteigerer eine Käuferprovision vereinbart. Kunstauktionsmärkte sind von anderen Märkten zu unterscheiden, auf denen Kunstwerke verkauft werden (Kunsthändler, Galerien, Kunstmessen, Direktverkauf etc.).¹⁴ *Sotheby's* und *Christie's* sollen gemeinsam 90 Prozent des weltweiten Kunstauktionsmarkts kontrollieren.¹⁵

b) Kunstwerke

Vom Kunstauktionsmarkt sind die Märkte für die gehandelten Kunstwerke zu unterscheiden. Hier stellen sich schwierige Fragen. Nach dem Bedarfsmarktkonzept ist die Austauschbarkeit

⁷ Unter dem „Fluch des Gewinners“ versteht man den Verlust, den derjenige Bieter erleidet, der den Wert des versteigerten Gegenstands am meisten überschätzt und deshalb den Zuschlag erhält. Statt eines Literaturhinweises sei die berühmteste „Auktion“ aus der römischen Geschichte angeführt. Im Jahr 193 n. Chr. versteigerte die Prätorianergarde den Kaisertitel an den Meistbietenden, der dann das Amt bis zu seiner Ermordung nur zwei Monate innehatte (*Heuss Römische Geschichte*, 10. Aufl. 2007, 354).

⁸ *Ashenfelter/Graddy Art Auctions*, CEPS Working Paper No. 203, March 2010, 1 (www.princeton.edu/ceps/workingpapers/203ashenfelter.pdf).

⁹ S. das Glossar von *Sotheby's* (www.sothebys.com/de/Glossary.html), Stichwort „Mindestzuschlagpreis“.

¹⁰ In Anlehnung an die im Zusammenhang mit elektronischen Hauptversammlungen entwickelte Terminologie mag dies als „ergänzend virtuelle“ Kunstauktion bezeichnet werden. Zur entsprechenden Begrifflichkeit im Gesellschaftsrecht s. *Pielke Die virtuelle Hauptversammlung*, 2009, 24.

¹¹ S. *Skripsky Die Online-Kunstauktion*, 2006.

¹² Zu den zivilrechtlichen Besonderheiten s. *Wiebe* in Spindler/Wiebe, *Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze*, 2. Aufl. 2005, Kap. 4 Rn. 1 ff.

¹³ Umfassend zur Marktabgrenzung im Kunstsektor s. *Bischoff Die Kunstmärkte – Funktionsweise und kartellrechtliche Probleme*, 2013 (im Folgenden „*Bischoff, Die Kunstmärkte*“).

¹⁴ *European Commission*, 30.10.2002, COMP/E-2/37.784 – Fine Art Auction Houses, COM(2002) 4283, Tz. 17.

¹⁵ *Ibid.*, Tz. 38.

der betrachteten Produkte aus Sicht der Marktgegenseite das entscheidende Kriterium.¹⁶ Da die Rezipienten im Bereich der Kulturgüter häufig über raffinierten Geschmack verfügen, kann es zu atomistischen Marktabgrenzungen kommen.¹⁷ Der sachlich relevante Markt kann beispielsweise auf die Maler derselben Epoche, einen einzigen Maler, im Extremfall auf ein einziges Bild reduziert sein, nämlich wenn dieses der Marktgegenseite nicht austauschbar erscheint. So hat beispielsweise ein US-amerikanisches Gericht einen separaten Produktmarkt für Bilder von *Jackson Pollock* angenommen.¹⁸ Enge Marktabgrenzungen führen zu gesteigerten Verhaltenspflichten, da hierdurch die Schwelle zur Marktbeherrschung leichter erreicht wird. Es ist jeweils sehr sorgfältig zu untersuchen, ob tatsächlich Einzigartigkeit anzunehmen ist. So wird heute in beträchtlichem Umfang Kunst zu Investitionszwecken erworben. Der überwiegend finanziell motivierte Käufer ist flexibler als der Liebhaber. Für die Marktabgrenzung sind nicht einzelne Individuen der Marktgegenseite ausschlaggebend; vielmehr ist auf die Präferenzen der Marktgegenseite in ihrer Gesamtheit abzustellen.

c) Authentifizierungsmärkte

Für das Geschehen auf den Kunstmärkten ist es entscheidend, dass die Echtheit der gehandelten Werke feststeht und dokumentiert ist. Es sind deshalb vorgelagerte Märkte für die Authentifizierung von Kunstwerken anzunehmen. Authentifizierung erfolgt durch Expertisen und Werkverzeichnisse. Ein besonderes Phänomen des Kunstsektors besteht darin, dass sich für einzelne Künstler oder Gattungen bestimmte Experten als maßgeblich herauskristallisiert haben.¹⁹ Auf deren Schlüsselstellung wird zurückzukommen sein.

III. Manipulation des Kunstauktionsmarktes

1. Das Kartell zwischen *Sotheby's* und *Christie's*

Zu Beginn der neunziger Jahre kam es zu einer Rezession auf dem Kunstmarkt, die auf dem plötzlichen Rückzug der japanischen Käufer beruhte.²⁰ Da besonders die Verkäuferprovisionen unter Druck gerieten und der Gewinn hinter den Erwartungen zurückblieb,²¹ verabredeten *Sotheby's* und *Christie's*, sich über Preise und Versteigerungsbedingungen zu verständigen. Die Absprachen fanden auf höchster Unternehmensebene statt. Nach einem Eigentümerwechsel²² machte *Christie's* von der Kronzeugenregelung²³ Gebrauch und meldete das Kartell den Behörden in der EU und den USA. *Christie's* ging aufgrund der Kronzeugenmeldung sanktionsfrei aus. *Sotheby's* wurde in beiden Jurisdiktionen mit Geldbußen belegt.²⁴ Außerdem wurde in den USA von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, Individualsanktionen zu verhängen. Neben einer Geldstrafe

¹⁶ Zur Geschichte und Kritik der gängigen Marktkonzepte s. *Früh* Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, 2012, insbesondere 37 ff., 181 ff., 223 ff.

¹⁷ S. *Ullrich/Heinemann* in Immenga/Mestmäcker Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl. 2012, Teil 2, GRUR B Rn. 47.

¹⁸ District Court (S.D. New York), 5.7.1994 – Vitale/Marlborough Gallery, 1994-1 Trade Cases P 70, 654.

¹⁹ von *Brühl* Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem, 2008, 47 ff.

²⁰ Zu den ökonomischen Hintergründen des Falls s. *Ashenfelter/Graddy* 1 Journal of Competition Law & Economics 3 ff. (2005). Zu einem früheren Kartell der Kunstauktionshäuser in den siebziger Jahren s. *Bischoff* Die Kunstmärkte, Kap. 4.2.1.3.1.3.

²¹ Der Verkäufer kann die Auktionshäuser gegeneinander ausspielen, während potentielle Käufer nur geringen Verhandlungsspielraum haben. Bei hochwertigen Kunstwerken im Millionenbereich zahlte der Verkäufer oft keine Provision.

²² *Christie's* wurde 1998 vom französischen Unternehmer und Kunstsammler *François Pinault* übernommen.

²³ In der EU war damals die Kronzeugenregelung von 1996 anwendbar. Der aktuelle Text ist *Europäische Kommission*, Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 2006 C 298/17.

²⁴ Die Geldbuße in der EU betrug 20,4 Mio. Euro, in den USA 45 Mio. US-\$. Die Aufklärung des Falls in der EU wurde erleichtert durch die Zustimmung beider Unternehmen zum Austausch vertraulicher Informationen mit den US-Behörden, wofür *Sotheby's* in der EU eine Bußgeldreduktion von 40 Prozent erhielt.

in Höhe von 7,5 Millionen US-\$ verbüßte der im relevanten Zeitraum amtierende Chairman von Sotheby's zehn Monate in einem Bundesgefängnis.²⁵

2. Inhalt der Vereinbarungen

Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission koordinierten die beiden Unternehmen Preise und Versteigerungsbedingungen von 1993 bis 2000. Sie erhöhten gemeinsam die Verkäuferprovisionen, harmonisierten deren Struktur und gingen von flexiblen auf feste Provisionssätze über. Durch Einschränkung ihrer Vermarktungsbemühungen beschränkten sie den Wettbewerb auf dem internationalen Kunstauktionsmarkt und richteten ein Kontrollsystem ein, mit dem sie die Einhaltung der verschiedenen Abreden überwachten.²⁶

3. Straf- und Privatrecht

Während es auf Tatbestandsseite angesichts der auch von den Parteien eingeräumten Existenz eines *hardcore*-Kartells wenig zu kommentieren gibt, ist der Fall deshalb von großem Interesse, weil er die Unterschiede zwischen US-amerikanischem und europäischem Kartellrecht auf Rechtsfolgenseite veranschaulicht. Während in beiden Jurisdiktionen die Geldbußen einen zweistelligen Millionenbetrag ausmachten,²⁷ kam es in den USA, wie bereits erwähnt, auch zur Verhängung von Freiheitsstrafen. Darüber hinaus wurde den vom Provisionskartell betroffenen Verkäufern und Käufern von Kunstwerken Schadensersatz in Höhe von insgesamt 512 Millionen US-\$ zugesprochen, und zwar auch zu Lasten der Partei, die beim *public enforcement* vom Kronzeugenstatus profitierte.²⁸ Das zivilrechtliche Verfahren wurde in der Form von Sammelklagen geführt und durch Vergleich abgeschlossen, ein typischer Verlauf im amerikanischen *private enforcement*.

Die amerikanischen Sammelklagen werden in Europa häufig als exzessiv empfunden. Eine umfassende Auseinandersetzung mit diesem Vorwurf ist im vorliegenden Zusammenhang nicht möglich. Es sei aber vor dem Hintergrund des Auktionshauskartells auf den Vorwurf eingegangen, von amerikanischen Sammelklagen profitierten hauptsächlich die Rechtsanwälte, die 40 Prozent oder mehr der eingeklagten Summe als Honorar behielten. Dies muss bei umsichtiger Ausgestaltung durch die Gerichte nicht der Fall sein. In der Sammelklage der durch das Auktionshauskartell geschädigten Verkäufer und Käufer von Kunstwerken schrieb das Gericht die Position des Klassenvertreters sinnigerweise in Form einer Auktion aus: Die sich bewerbenden Kanzleien hatten die Nettosumme zu nennen, die sie erstreiten zu können glaubten. Der Zuschlag ging an das höchste Gebot, wobei die Anwaltsgebühren auf 25 Prozent der Summe festgelegt wurden, welche den genannten Betrag überstieg. Da der Bieterwettbewerb den „gebührenfreien“ Betrag nach oben trieb, lagen die Anwaltsgebühren nach erfolgreichem Abschluss des Falls bei etwa fünf Prozent der

²⁵ Es handelt sich um A. *Alfred Taubman*, einen bekannten amerikanischen Unternehmer. Die verhängte Freiheitsstrafe betrug ursprünglich ein Jahr und einen Tag und wurde wegen guter Führung auf zehn Monate reduziert. Eine weitere Beteiligte verbüßte einen sechsmonatigen Hausarrest. Die große öffentliche Beachtung des Falls wird auch deutlich am Buch von *Mason*, *The Art of the Steal: Inside the Sotheby's-Christie's Auction House Scandal*, 2004.

²⁶ *Europäische Kommission*, 30.10.2002, COMP/E-2/37.784 – Kunstauktionshäuser (Zusammenfassung), ABl. 2005 L 200/92, Rn. 3.

²⁷ S. die Angaben oben Fn. 24. Häufig wird vorgebracht, dass die Geldbußen in der EU höher als in den USA seien. Das Kartell der Kunstauktionshäuser ist offenbar ein Gegenbeispiel.

²⁸ In re *Auction Houses Antitrust Litig.*, No. 00 Civ. 0648, 2001 WL 170792, at *18 (S.D.N.Y. 2001). S. auch *Kruman v. Christie's International PLC*, 284 F.3d 384 (2nd Cir. NY 2002) zur internationalen Anwendbarkeit US-amerikanischen Antitrustrechts. Nicht eingeschlossen in den genannten Betrag sind die Sammelklagen von Aktionären: Nach Bekanntwerden von *Christie's* Kronzeugenmeldung fiel der Aktienkurs von *Sotheby's* beträchtlich, s. *Ashenfelter/Graddy* 1 *Journal of Competition Law & Economics* 3, 12 (2005).

eingeklagten Gesamtsumme.²⁹ Dies zeigt, dass exzessive Anwaltsvergütungen nicht notwendigerweise aus dem Rechtsinstitut der Sammelklagen folgen.

In der Europäischen Union ist die strafrechtliche Ausgestaltung des Kartellrechts bisher im Wesentlichen eine Angelegenheit der Mitgliedstaaten³⁰ und variiert dort beträchtlich. Über privatrechtliche Durchsetzungsmechanismen muss hingegen jeder Mitgliedstaat verfügen.³¹ Der praktische Stellenwert ist aber je nach Mitgliedstaat sehr unterschiedlich. *Joachim Bornkamm* hat darauf hingewiesen, dass in Deutschland die zivilrechtliche Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche zwar eine lange Tradition hat, Schadensersatzansprüche von Kartellopfen aber erst seit der *Courage*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs³² und der Änderung von § 33 GWB durch die 7. GWB-Novelle erleichtert werden.³³ Auch wenn deshalb in jüngerer Zeit eine Belebung solcher Klagen in Deutschland zu beobachten ist, ist die Gesamtbilanz privater Kartellrechtsdurchsetzung in Europa nach wie vor düftig. Von den Reformbemühungen auf EU-Ebene wird es abhängen, ob sich daran bald etwas ändern wird.³⁴

IV. Manipulation der Versteigerung

Der Kunstauktionsmarkt betrifft die Dienstleistungen der Auktionshäuser. Hiervon sind die Märkte für die gehandelten Kunstwerke zu unterscheiden. Auf den Kunstmärkten soll die Transaktionsform der Auktion die oben beschriebenen ökonomischen Vorteile hervorbringen. Markt und Wettbewerb können ihre Funktionen aber nur erfüllen, wenn der Auktionsmechanismus nicht manipuliert wird. Denkbar sind Manipulationen auf Verkäufer- und auf Bieterseite. Bevor auf die verschiedenen Konstellationen eingegangen wird, ist zunächst zu klären, ob das Kartellrecht auf solche Vorgänge überhaupt anwendbar ist.

1. Recht des geistigen Eigentums

Steht der Anwendung von Kartellrecht die Tatsache entgegen, dass die gehandelten Kunstwerke bis zum Ablauf der Schutzfrist urheberrechtlich geschützt sind? Im deutschen Recht war lange Zeit die Inhaltstheorie für das Verhältnis von Immaterialgüter- und Kartellrecht anerkannt. Bis zur 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 war sie für das Lizenzkartellrecht ausdrücklich zugrunde gelegt. Eine der vielen Schwächen des Ansatzes bestand darin, dass sie die Wirkungsweise von Immaterialgüterrechten im Zusammenhang mit Horizontalabreden nicht erklären konnte. Auch Anhänger der Inhaltstheorie hätten nicht argumentiert, dass das Urheberrecht an Kunstwerken die Anwendbarkeit des Kartellverbots beeinflusse.³⁵

Das Denken in Anwendungssperren ist seitdem der Komplementaritätsthese gewichen, nach der sich Immaterialgüterrecht und Kartellrecht gegenseitig ergänzen und am selben marktwirtschaftlichen Strang ziehen.³⁶ Immaterialgüterrechtliche Wertungen sind innerhalb der kartellrechtlichen Tatbestände zu berücksichtigen. So verhält es sich auch im Europäischen Kartellrecht. Der Europäische Gerichtshof vertritt zwar die Lehre vom spezifischen Gegenstand, wonach die Anwendung von Kartellrecht auf

²⁹ S. die Angaben bei *Ashenfelter/Graddy* 1 *Journal of Competition Law & Economics* 3, 9 (2005).

³⁰ Zu den nötigen Differenzierungen dieses Satzes s. *Heinemann* in FS von Büren, 2009, 595 (621 ff.).

³¹ EuGH Slg. 2001, I-6297 Tz. 26 f. = NJW 2002, 502 = EuZW 2001, 715 – *Courage* und *Crehan*.

³² S. vorstehende Fußnote.

³³ *Bornkamm* GRUR 2010, 501.

³⁴ Über den aktuellen Stand der Dinge gibt folgende Website der Europäischen Kommission Auskunft: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

³⁵ S. *Heinemann* in Behrens, Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, 2004, 105 (107 f.).

³⁶ Zur Entwicklung s. *Früh* Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, 2012, 5 ff.

immaterialgüterrechtliche Kernbefugnisse nicht statthaft sei. Einzelfälle werden aber wertungsorientiert auf Grundlage des wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs und unter Verzicht auf einen apriorischen immaterialgüterrechtlichen Vorrang gelöst.³⁷ Auch für den hier näher untersuchten Bereich der Kunstauktionen steht die Anwendbarkeit des Kartellrechts deshalb außer Frage.

2. Unternehmenseigenschaft

Der persönliche Geltungsbereich des Kartellrechts ist nur dann eröffnet, wenn die Akteure *Unternehmen* sind. In vielen Fällen, nämlich bei professionellen Marktteilnehmern, wird man über diese Frage schnell hinweggehen können. Aber was ist, wenn eine Privatperson handelt, die nur gelegentlich, im Extremfall nur einmal, ein Kunstwerk anbietet oder nachfragt? Gelten die kartellrechtlichen Vorgaben, z.B. das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, auch für den Amateur?

Es gilt der weite, funktionale Unternehmensbegriff, nach dem „jede selbständige und nicht lediglich dem privaten Verbrauch dienende Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr“ ausreicht.³⁸ Es kommt also nicht auf die Rechtsform oder die Organisation an.³⁹ Auch natürliche Personen können Unternehmen im Sinn des Kartellrechts sein, so z.B. der Künstler, der seine Werke verwertet.⁴⁰ Gewinnerzielungsabsicht ist aber nicht Voraussetzung.⁴¹ Nachhaltigkeit und Planmäßigkeit der Tätigkeit sind ebenfalls irrelevant.⁴²

Hieraus folgt, dass auch bei nur gelegentlichem, ja selbst bei einmaligem Auftritt am Markt die Unternehmenseigenschaft vorliegen kann. Bei Tätigwerden auf Verkäuferseite sollte die Unternehmenseigenschaft regelmäßig bejaht werden, da der Schutz der Wettbewerbsordnung kartellrechtsfreie Räume verbietet.⁴³ Schwieriger ist die Situation auf der Seite der Nachfrager. Der Europäische Gerichtshof hat bekanntlich die Unternehmenseigenschaft von Nachfragern von der späteren Verwendung des eingekauften Guts abhängig gemacht. Ist die spätere Verwendung des nachgefragten Produkts nicht-wirtschaftlicher Art, könne die Nachfragetätigkeit auf dem vorgelagerten Markt nicht als unternehmerisch qualifiziert werden.⁴⁴

In vorliegendem Zusammenhang tritt eine weitere Schwierigkeit hinzu: Nach der zitierten Definition ist der private Verbrauch aus dem Unternehmensbegriff auszuklammern. Ist das Ersteigern eines Kunstwerks für die eigene Sammlung des Bieters als privater Verbrauch zu qualifizieren? Rein begrifflich ließe sich hieran zweifeln. So sind in der Terminologie der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung Grundstücke zu Wohnzwecken und Wertsachen einschließlich der Antiquitäten und sonstigen Kunstgegenstände weder Verbrauchs- noch Gebrauchsgüter, sondern Teil des Anlagevermögens.⁴⁵ Sinn und Zweck der Ausnahme für den privaten Verbrauch bestehen aber darin, unternehmerische Tätigkeit vom Verbraucherhandeln abzugrenzen. Alle Anschaffungen eines privaten Haushalts sind vor diesem Hintergrund als

³⁷ S. Heinemann Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002, 327 f.

³⁸ Zimmer in Immenga/Mestmäcker GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 38.

³⁹ S. auch die Unternehmensdefinition in Art. 2 Abs. 1^{bis} des schweizerischen Kartellgesetzes (SR 251): „Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform“.

⁴⁰ BGH NJW-RR 1988, 1187 (1188).

⁴¹ Zimmer in Immenga/Mestmäcker GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 56.

⁴² Roth/Ackermann in FK, Art. 81 Abs. 1 EG – Grundfragen, 2009, Rn. 39.

⁴³ Vgl. Zimmer in Immenga/Mestmäcker GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 34 f.

⁴⁴ EuGH Slg. 2006, I-6295 – FENIN, Rn. 26. Zu Recht kritisch Emmerich Kartellrecht, 12. Aufl. 2012, § 3 Rn. 30; Roth/Ackermann in FK, Art. 81 Abs. 1 EG – Grundfragen, 2009, Rn. 45 ff.; Zimmer in Immenga/Mestmäcker GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 31. Grundlegend zur Bedeutung des Nachfragewettbewerbs Köhler Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977.

⁴⁵ S. Schmalwasser/Müller/Weber Gebrauchsvermögen privater Haushalte in Deutschland, Wirtschaft und Statistik 2011, 565 (566).

„Verbrauch“ zu qualifizieren, jedenfalls wenn nicht bereits bei der Anschaffung an den späteren Weiterverkauf gedacht wird, was über den relativen Verbraucherbegriff zur Annahme unternehmerischer Tätigkeit führen würde.

Die Konsequenzen sind misslich: Die Anwendbarkeit des Kartellrechts hängt davon ab, ob ein privater Akteur angebots- oder nachfrageseitig auftritt. Verkäuferkartelle sind immer vom Kartellrecht erfasst,⁴⁶ während man bei Bieterkartellen die Frage zu stellen hat, ob die Anschaffung des Kunstgegenstands dem privaten „Verbrauch“ (im kartellrechtlichen Sinn) zuzuordnen ist. Das Problem lässt sich am Beispiel der Kunstauktion gut veranschaulichen: Der Bieterkreis ist häufig aus Profis und Amateuren zusammengesetzt. Absprachen zwischen Amateuren sind – *cum grano salis* (z.B. spätere Veräußerungsabsicht) – kartellrechtsfrei; solche zwischen unternehmerisch tätigen Bietern stellen demgegenüber kartellrechtliche Kernbeschränkungen dar. Angesichts des kartellrechtlichen Systemschicks, nur das Verhalten von Unternehmen zu kontrollieren, muss diese Spannung wohl hingenommen werden. Immerhin stehen der Verkäuferseite auch gegenüber den Verbraucherkartellen zivilrechtliche Möglichkeiten zur Verfügung.⁴⁷

3. Verkäuferkartelle

Bei Kunstauktionen sind Absprachen auf Verkäuferseite denkbar, in der Praxis aber wohl weniger relevant. Horizontale Preiskartelle werden durch die Funktionsweise von Auktionen erschwert, die ein ergebnisoffenes Verfahren zur Preisbestimmung darstellen. Es wäre aber denkbar, dass Einlieferer ähnlicher Kunstwerke ihre Mindestzuschlagpreise koordinieren, was eine kartellrechtsrelevante Preisabrede darstellt. Auch Mengenabsprachen sind vorstellbar, beispielsweise Absprachen über die zeitlich gestaffelte Einlieferung von Kunstgegenständen. Schließlich sind auch Gebiets- und Kundenabsprachen denkbar, wenn nämlich Einlieferer geographische Interessensphären abgrenzen oder den Wettbewerb durch die gegenseitige Zuweisung von Auktionshäusern oder anderen Vertriebskanälen abschwächen möchten. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass aufgrund des transparenten Charakters öffentlicher Auktionen viele dieser Strategien nicht erfolgversprechend erscheinen.

4. Kartell der Bieter (*pactum de non licitando*)

a) Begriff

Bieterkartelle bei Kunstauktionen funktionieren spiegelverkehrt zu Submissionsabsprachen bei (öffentlichen oder privaten) Ausschreibungen: Die Bieter treiben den Preis nicht hinauf, sondern hinunter, indem sie untereinander preisliche Zurückhaltung vereinbaren. Die Vereinbarung kann auch zum Inhalt haben, dass potentielle Bieter nicht zu aktuellen Bietern werden, d.h. gar nicht an der Auktion teilnehmen, sog. *pactum de non licitando*. Ein solches Verhalten ist seit römischer Zeit bekannt. So erwähnt der berühmte Zensor *Cato* eine Klausel,

⁴⁶ S.o. bei Fn. 43 und die Beispiele bei Zimmer in Immenga/Mestmäcker GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 34 a.E.

⁴⁷ Nämlich ein Anfechtungsrecht nach § 123 BGB und ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. Eine Aufarbeitung der strafrechtlichen Beurteilung unangemessener Einflussnahme auf Versteigerungen kann im Rahmen dieses Beitrags nicht vorgenommen werden (s. hierzu etwa Otto NJW 1979, 681). Es sei aber auf § 270 des Preußischen StGB hingewiesen, der denjenigen bestraft, der „andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen durch Zusicherung oder Gewährung eines Vorteils abhält“. Die Vorschrift betrifft zwar nur öffentliche Versteigerungen; sie gilt aber für jedermann, also nicht nur (wie das Kartellrecht) für Unternehmen. Zur Streitfrage, ob diese Vorschrift noch gilt, s. Staudinger/Sack/Seibl BGB, 2011, § 134 Rn. 312; Staudinger/Sack/Fischinger BGB, 2011, § 134 Rn. 452 jeweils mwN.

nach welcher ein Bieter keinen Lohn für die versprochenen (und durchgeführten) Arbeiten erhält, wenn er den Eid verweigert, er habe andere nicht vom Bieten abgehalten.⁴⁸

b) Erscheinungsformen und Zweck

Die Erscheinungsformen von Bieterkartellen sind vielfältig. Es ist denkbar, dass diejenigen, die nicht an der Auktion teilnehmen oder frühzeitig aussteigen, vom Ersteigerer ein Entgelt erhalten. Beim Rotationskartell wird hingegen dafür gesorgt, dass jeder einmal den Zuschlag erhält. Dies kann auch im Rahmen derselben Versteigerung geschehen, wenn nämlich abgesprochen wird, welcher Bieter als der einzige für welches Los bietet. Schließlich existiert die Konstellation, dass für eine bestimmte Auktion verabredet wird, welcher Bieter für welches Los bietet, und die Kartellmitglieder die billig ersteigerten Gegenstände dann später untereinander aufteilen.

Nur wenige Bieterkartelle auf dem Gebiet der Kunst sind rechtsrelevant dokumentiert, die Dunkelziffer scheint aber hoch zu sein.⁴⁹ Ein Beispiel für *dealer pools* ist das Kartell der Antiquitätenhändler im amerikanischen Fall *U.S. v. Ronald Pook*. Die Händler vereinbarten, bei öffentlichen Auktionen nicht gegeneinander zu bieten. Nach Ersteigerung zu günstigem Preis teilten sie die Gegenstände im Wege einer privaten Auktion untereinander auf (sog. *knock-out agreement*).⁵⁰

Das Bieterkartell dient also dazu, einen Gegenstand günstiger zu erwerben, als es unter Wettbewerbsbedingungen möglich wäre. Der Preisbildungsmechanismus wird verfälscht. Die Kartellrente beruht auf der Differenz zwischen dem Wettbewerbspreis und dem Preis, der sich aufgrund der Absprache ergeben hat. Diese Differenz kann zwischen den Beteiligten auf eine der genannten Weisen aufgeteilt werden.

c) Kartellrechtliche Würdigung

Auch beschränkende Vereinbarungen unter Nachfragern werden vom Kartellverbot erfasst.⁵¹ In Folge des *more economic approach* sind die Anforderungen an die kartellrechtliche Kontrolle aber gestiegen. Wenn man das Effizienzkriterium in den Mittelpunkt rückt und nur danach fragt, ob die fragliche Verhaltensweise den Output beschränkt oder die Preise erhöht, gerät man in Schwierigkeiten, da durch ein *pactum de non licitando* der Preis sinkt, ohne dass ein negativer Mengeneffekt ersichtlich ist. In den Horizontalleitlinien rückt die Europäische Kommission die Wechselwirkung zwischen Einkaufs- und Verkaufsmärkten in den Vordergrund. Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs seien weniger bedenklich, wenn die Parteien auf den Verkaufsmärkten nicht über Marktmacht verfügen.⁵²

Bei den Bieterkartellen sollte man die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens nicht von solchen Erwägungen abhängig machen.⁵³ Der Bieterwettbewerb sollte als ergebnisoffener Prozess ablaufen und vor Verfälschungen geschützt werden. Der Europäische Gerichtshof hat in jüngerer Zeit häufig darauf hingewiesen, dass Art. 101 AEUV „nicht nur die Interessen

⁴⁸ So die Interpretation von *Cato De agri cultura* (144, 13) durch *Thielmann* Die römische Privatauktion, 1961, 246 ff., insbesondere 256 f.; s. auch *ibid.*, 264 f., mit dem Hinweis auf *Ulpian*, für den gemeinsames Handeln nicht bedenklich ist, wenn nicht über das Vorliegen von Konkurrenz getäuscht wird.

⁴⁹ Allgemein zu kollusivem Verhalten auf Auktionen s. *Graham/Marshall* 95 *Journal of Political Economy* 1217, 1221 (1987): „So prevalent are rings, in fact, that a retired auctioneer once noted that in 40 years of auctioneering, he had yet to attend an auction at which a ring was not present”.

⁵⁰ *U.S. v. Ronald Pook*, No. 87-274, 1988 U.S. Dist. LEXIS 3398 (E.D. Pa. April 18, 1988).

⁵¹ Zur restriktiven Haltung des Europäischen Gerichtshofs s.o. bei Fn. 44.

⁵² *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit („Horizontalleitlinien“), ABl. 2011, C 11/1, Rn. 200 ff.

⁵³ S. auch Horizontalleitlinien, Rn. 205, wonach verschleierte Kartelle z.B. zur Marktaufteilung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen sind, für die also keine Wirkungsanalyse gemacht werden muss.

einzelner Wettbewerber oder Verbraucher [...], sondern auch die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen“ schützen soll.⁵⁴ Dies spricht dagegen, die Schutzwürdigkeit des Nachfragewettbewerbs von der Position auf nachgelagerten Märkten abhängig zu machen.

d) Einkaufsgemeinschaften

Die Bieterkartelle sind deshalb als tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen.⁵⁵ Eine Effizienzrechtfertigung kommt nicht in Betracht. Dies wäre anders, wenn nicht ein Bieterkartell, sondern eine Einkaufsgemeinschaft vorliegt. Wenn die Anschaffung eines bestimmten Gegenstands die Kräfte des Einzelnen übersteigt, ist gemeinsames Handeln erforderlich. Ein Beispiel für den Kunstmarkt wäre der gemeinsame Erwerb eines Kunstwerks durch mehrere Parteien, z.B. durch mehrere Händler oder Galeristen zum Zweck des Weiterverkaufs an ein Museum oder an einen Sammler.

In den Horizontalleitlinien definiert die Europäische Kommission für diese Fällen einen (weichen) *safe harbour*: Übersteigt der gemeinsame Marktanteil der Parteien nicht 15 Prozent, so sei der Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu verneinen oder zumindest eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV anzunehmen.⁵⁶ Jenseits dieser Marktanteilsschwelle ist eine umfassende Wirkungsanalyse vorzunehmen.⁵⁷ Zusätzlich zu diesen Merkmalen ist Transparenz des Vorgangs zu verlangen. Die Parteien haben also offenzulegen, dass sie sich gemeinsam bewerben.

e) Zivilrechtliche Fragen

Ein kartellrechtswidriges Bieterkartell ist den üblichen öffentlich-rechtlichen Sanktionen ausgesetzt. Was aber sind die zivilrechtlichen Folgen? Was zunächst die Rechtsfolge der Nichtigkeit betrifft, so ist anerkannt, dass nur die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen selbst sowie die Ausführungsverträge, nicht aber die Folgeverträge nichtig sind.⁵⁸ Die Kartellvereinbarung unter den Bietern ist also nichtig. Bei dem Kaufvertrag, den ein Kartellbieter mit dem unbeteiligten Verkäufer abschließt, handelt es sich dagegen um einen typischen Folgevertrag. Dieser Vertrag ist also wirksam.⁵⁹

Der Vertrag ist aber anfechtbar und kann auch mit dem kartelldeliktsrechtlichen Beseitigungs- und Schadensersatzanspruch angegriffen werden (§ 33 Abs. 1 GWB).⁶⁰ Im schweizerischen Recht existiert eine besondere Anfechtungsregel für die Manipulation von Versteigerungen. Nach Art. 230 des Obligationenrechts (OR) kann eine Versteigerung in einer Frist von zehn Tagen von jedermann angefochten werden, der ein Interesse hat, wenn „in rechtswidriger oder gegen die guten Sitten verstoßender Weise auf den Erfolg der Versteigerung eingewirkt

⁵⁴ S. zuletzt EuGH, 7.2.2013, Rs. C-68/12 – Slovenská sporiteľňa, Tz. 18 (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

⁵⁵ Vorausgesetzt, dass die Unternehmenseigenschaft bejaht wird, s.o. IV.2.

⁵⁶ Im deutschen und europäischen Kartellrecht ist darüber hinaus der „Arbeitsgemeinschaftsgedanke“ anerkannt, der bei Notwendigkeit des gemeinsamen Vorgehens die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens entfallen lässt, s. Zimmer in Immenga/Mestmäcker GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 182 ff., 282 ff.

⁵⁷ Horizontalleitlinien, Rn. 208 ff.

⁵⁸ S. K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl. 2012, Teil 1, Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 34 ff.

⁵⁹ Im schweizerischen Recht wird teilweise die „flexible Nichtigkeit“ von Folgeverträgen vorgeschlagen. Auf die Nichtigkeit könne sich aber nur die am Kartell nicht beteiligte Marktgegenseite berufen. Auch handele es sich um bloße Teilnichtigkeit: Im Weg der geltungserhaltenden Reduktion sei der vereinbarte Preis durch den hypothetischen Marktpreis zu ersetzen, s. Jacobs/Giger in Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2010, Vor Art. 12-17, Rn. 55.

⁶⁰ S. Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 11. Aufl. 2010, § 33 GWB Rn. 98 ff.

worden ist“. Das *pactum de non licitando* wird (wie auch das sogleich zu besprechende *pactum de licitando*) als typischer Anwendungsfall dieser Vorschrift angesehen.⁶¹

5. Scheingebot (*pactum de licitando*)

a) Begriff und Bedeutung

Im Gegensatz zum Bieterkartell, das die Preise drücken will, zielen Scheingebote auf die künstliche Erhöhung des Verkaufspreises. Der Verkäufer oder seine Strohleute bieten in versteckter Form mit, um den Zuschlagpreis nach oben zu treiben.⁶² Auch wenn das Phänomen des *shill-bidding* in unserer Zeit durch Praktiken bei Internetauktionshäusern in das allgemeine Bewusstsein gerückt ist, handelt es sich ebenfalls um eine Strategie, die bereits aus römischer Zeit bekannt ist.⁶³ Ein *pactum de licitando* ist die Abrede zwischen dem Eigentümer und einem Strohmann, wonach dieser in der Versteigerung mitzubieten hat, bei Zuschlag aber nicht durch einen Kaufvertrag gegenüber dem Einlieferer verpflichtet wird.⁶⁴ Die gleiche Wirkung hat die verdeckte Teilnahme des Einlieferers selbst auf Bieterseite.

Scheingebote waren oder sind offenbar eine Realität der Kunstauktion.⁶⁵ Sie sind heute unerwünscht. Im Vertrag zwischen Einlieferer und Auktionshaus wird typischerweise vereinbart, dass der Einlieferer nicht mitbietet und zu diesem Zweck auch keine Dritten beauftragt.⁶⁶ Solche Klauseln werden allgemein für unproblematisch gehalten.⁶⁷ Es lässt sich auch die weitergehende Frage stellen, ob ein Auktionshaus nicht nach Treu und Glauben zur Aufstellung und Durchsetzung entsprechender Regeln verpflichtet ist. Jedenfalls wird das Auktionshaus ein wirtschaftliches Interesse daran haben, dass seine Versteigerungen frei von Manipulation sind und geeignete Maßnahmen hierfür ergreifen.

b) Zivilrechtliche Einordnung

Beim *pactum de licitando* sind zwei Situationen zu unterscheiden. Entweder geht der Plan auf und erfolgt der Zuschlag an einen außenstehenden Dritten, und zwar zu einem durch die

⁶¹ BGE 109 II 123 (126) = GRUR Int 1984, 459. S. zur Anfechtung nach Art. 230 OR *Becker* La vente aux enchères d’objets d’art en droit privé suisse: Représentation, relations contractuelles et responsabilité, 2011, 141 f., 237 ff. Art. 230 OR schließt die Anwendbarkeit der allgemeinen Anfechtungsregeln nicht aus, *Becker*, *ibid.*, 244.

⁶² Allgemein hierzu s. *Ruoss* Scheingebote an Kunstauktionen, 1984.

⁶³ S. *Cicero* De officiis, 3, 61; hierzu *Thielmann* Die römische Privatauktion, 1961, 244 ff., 259 f.

⁶⁴ Vgl. BGE 109 II 123 (126) = GRUR Int 1984, 459.

⁶⁵ Vgl. BGH NJW 2001, 600: Ein Einlieferer, der mitsteigert und den Zuschlag erhält, schuldet dem Auktionshaus Aufgeld und Einliefererprovision. Für eine Momentaufnahme in den achtziger Jahren s. das Schweizer Bundesgericht in BGE 112 II 337 (341): „Das Handelsgericht seinerseits hält für gerichtsnotorisch, dass Einlieferer häufig mitbieten, um eine Rücknahme des Auktionsgegenstandes vor dem Publikum zu vermeiden oder einen möglichst hohen Preis zu erzielen“. S. auch BGE 109 II 123 (126) = GRUR Int 1984, 459: Der zugrundeliegende Auktionsauftrag sieht vor, dass der Auftraggeber wie ein Käufer behandelt wird, wenn er selbst das Objekt ersteigert, geht also von der Möglichkeit eigener Beteiligung des Einlieferers aus. *Kappus* (in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 31. EL 2012, Rn. 7) schätzt, dass das Auktionsgeschehen „häufig genug – zurückhaltend formuliert – nicht allein dem freien Spiel der Marktkräfte überlassen ist, sondern von im Verborgenen (zu Gunsten des Einlieferers, mittelbar also auch des Auktionshauses) wirkenden Kräften mitbestimmt wird. Bei solcher *Preistreiberei sind Scheingebote* (verdecktes Mitsteigern des Einlieferers, bei Internet-Auktionen „*shill bidding*“ genannt) und *Scheinzuschläge* ebenso bekannt wie *Bieterabsprachen*“ (Hervorhebungen im Original).

⁶⁶ S. z.B. die Verkaufsbedingungen von *Christie’s*

(www.christies.com/LotfinderSecure/LotFinderDocuments/GNV/1364/ConditionsOfBusiness.htm), Nr. 2 S. 4: „Der Verkäufer darf nicht für seine eigenen Objekte bieten und keine anderen Personen veranlassen, für ihn zu bieten.“ Ausnahmen sind möglich, wenn ein berechtigtes Interesse besteht, müssen aber publik gemacht werden, s. z.B. Nr. 3 Abs. 3 der Hinweise für Kaufinteressenten von *Sotheby’s*

(www.sothebys.com/content/dam/sothebys/PDFs/ZH1203-COS.pdf). Nach § 15 Abs. 2 S. 1 der Versteigerungsverordnung des Kantons Zürich (Ordnungs-Nr. 235.15) sind Scheingebote unzulässig.

⁶⁷ *Spindler* in *Spindler/Wiebe*, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2. Aufl. 2005, Kap. 5 Rn. 136.

Manipulation in die Höhe getriebenen Preis. Oder der Plan scheitert und das höchste Gebot des Strohmanns ist auch das letzte. Im ersten Fall kommt der Kaufvertrag zwischen Einlieferer und Drittem zustande. Dieser kann den Vertrag aber anfechten. Im deutschen Recht folgt das Anfechtungsrecht aus § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB, arglistige Täuschung. Der Dritte geht davon aus, dass der Bietvorgang auf unverfälschtem Wettbewerb beruht. Er hätte keine Erklärung gleichen Inhalts abgegeben, wenn er von der Manipulation gewusst hätte.⁶⁸ Im schweizerischen Recht stützt sich das Anfechtungsrecht auf die versteigerungsrechtliche Spezialnorm des Art. 230 OR.⁶⁹

In der zweiten Konstellation, also bei „versehentlichem“ Zuschlag an den Strohmann, liegt ein Scheingeschäft (deutsches Recht) bzw. Simulation (schweizerisches Recht) vor. Es ist kennzeichnend für das *pactum de licitando*, dass sich Einlieferer und Strohmann einig sind, dass der Bieter seine Willenserklärung nur zum Schein abgibt. Die Willenserklärung des Strohmanns und damit der gesamte Kaufvertrag sind damit gem. § 117 Abs. 1 BGB nichtig.⁷⁰ Entsprechend verhält es sich nach Art. 18 Abs. 1 OR im schweizerischen Recht.⁷¹

c) Kartellrechtliche Würdigung

Ein *pactum de licitando* fällt nur dann in den Geltungsbereich des Kartellrechts, wenn die Vertragspartner Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sind. Den bereits ausgeführten Schwierigkeiten des Unternehmensbegriffs im Zusammenhang mit Auktionen⁷² gesellt sich bei Strohleuten eine weitere hinzu. Sie werden im Fall eines „versehentlichen“ Zuschlags gegenüber dem Einlieferer nicht aus dem Kaufvertrag verpflichtet. Es fehlt insofern an einer selbständigen Teilnahme am Wettbewerb. Selbst wenn man die Unternehmenseigenschaft bejahen sollte, beispielsweise weil es sich beim Strohmann nicht um eine Privatperson aus dem persönlichen Umfeld des Einlieferers, sondern um einen professionellen Dienstleister handelt, ist nicht ersichtlich, welcher Wettbewerb durch ihr Verhalten beschränkt wird. Ohne den Auftrag des Einlieferers hätte der Strohmann nicht mitgesteigert. Außerdem hat sein Verhalten preissteigernde Wirkung, während Wettbewerbsbeschränkungen auf Nachfragerseite regelmäßig zur Preissenkung eingesetzt werden.⁷³ Die Problematik von Scheinbietern scheint deshalb eher lauterkeits- als kartellrechtlicher Natur zu sein.

d) Lauterkeitsrecht

Im schweizerischen Recht ist die Unlauterkeit des *pactum de licitando* anerkannt⁷⁴ und sollte unter den Spezialtatbestand in Art. 3 Abs. 1 lit. b des schweizerischen UWG (irreführende Angaben über die Preise) subsumiert werden.⁷⁵ Auch im deutschen Recht sollte *shill-bidding* als unlauter im Sinn des UWG qualifiziert werden. Es liegt eine irreführende geschäftliche Handlung i.S. von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG vor, nämlich eine täuschende Angabe über den Preis oder die Art und Weise seiner Berechnung.⁷⁶ Für den Ausgang der Auktion ist das

⁶⁸ Heyers NJW 2012, 2548 (2549 f.) unter Heranziehung der ökonomischen Auktionstheorie.

⁶⁹ S. bereits oben bei Fn. 61. Das Bundesgericht führt in Bezug auf Scheingebote des Eigentümers aus: „Bei einer Versteigerung müssen klare, saubere Verhältnisse herrschen, und jede Irreführung der Steigerungsteilnehmer ist zu vermeiden“ (BGE 109 II 123, 127 = GRUR Int 1984, 459).

⁷⁰ Klees MMR 2007, 275 (276).

⁷¹ S. Schwenzer Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2012, Rn. 30.07. Die abweichenden Regeln über das Strohmannsgeschäft (ibid., Rn. 30.11) finden in vorliegendem Zusammenhang keine Anwendung: Die Parteien wollen nicht, dass ein Kaufvertrag zwischen Einlieferer und Strohmann wirksam wird.

⁷² S.o. IV.2.

⁷³ S. Bischoff Die Kunstmärkte, Kap. 4.2.1.3.2.2.

⁷⁴ BGE 109 II 123 (125 f.) = GRUR Int 1984, 459.

⁷⁵ Skripsky Die Online-Kunstauktion, 2006, 280, plädiert für Subsumtion unter die Generalklausel in Art. 2 UWG.

⁷⁶ Sollte man § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG enger als hier vorgeschlagen auslegen, sind die Scheingebote unter die lauterkeitsrechtliche Generalklausel (§ 3 UWG) zu fassen. Vgl. auch Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013,

Bietverhalten der Teilnehmer von großer Bedeutung. Die Scheingebote haben erheblichen Einfluss auf die Preisbildung⁷⁷ und damit auf die geschäftliche Entscheidung im Sinn von § 5a Abs. 1 UWG.

V. Vertikalabreden

1. Ausschließlichkeitsvereinbarungen

Zwischen Einlieferer und Auktionshaus besteht bei der klassischen Präsenzauktion häufig ein Kommissionsverhältnis.⁷⁸ Da das eingelieferte Kunstwerk nur von dem betreffenden Auktionshaus versteigert werden soll, werden konkurrierende Auktionshäuser ausgeschlossen.⁷⁹ Dies ist kartellrechtlich unbedenklich, da für den Versteigerungsvertrag Exklusivität in Bezug auf das eingelieferte Werk typisch ist. Wie aber ist die kartellrechtliche Beurteilung, wenn ein Auktionshaus Exklusivität mit dem Einlieferer in Bezug auf weitere Kunstwerke vorsieht oder Ausschließlichkeit mit einer Vielzahl von Einlieferern vereinbart?⁸⁰ Ein Beispiel ist *Sotheby's*: Das Unternehmen schloss beim Aufbau des Online-Geschäfts ab 1999 Exklusivvereinbarungen mit mehreren tausend Galerien und Händlern ab.⁸¹

Es besteht die Gefahr der Marktverschließung: Wenn ein großer Teil der potentiellen Einlieferer an ein Auktionshaus gebunden wird, finden konkurrierende Auktionshäuser womöglich nicht mehr ausreichend Kunden, denen sie ihre eigenen Auktionsdienstleistungen verkaufen können (sog. *customer foreclosure*).

2. Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen

Nach der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen (GFVO-VV)⁸² sind wettbewerbsbeschränkende Vertikalvereinbarungen dann vom Kartellverbot freigestellt, wenn weder der Anbieter noch der Abnehmer einen Marktanteil von 30 Prozent überschreiten. Im *Sotheby's*-Beispiel wären also die Marktanteile zu bestimmen, wobei es nicht ausreicht, auf die Marktanteile zu verweisen, die von der Kommission im Fall „Marktauktionshäuser“ festgestellt worden sind.⁸³ Angesichts der Tatsache, dass es um die Schaffung von Online-Märkten geht, wären neue Überlegungen zur Marktabgrenzung anzustellen.

Auch wenn die Gruppenfreistellungsverordnung anwendbar bliebe, wären deren weitere Vorgaben zu beachten. In Art. 5 Abs. 1 lit. a GFVO-VV sind Wettbewerbsverbote von unbestimmter Dauer oder mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren schwarz gelistet, kommen also nicht in den Genuss der Freistellung. Wettbewerbsverbote sind nach der Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. d GFVO-VV Beschränkungen, die es dem Abnehmer untersagen, konkurrierende Waren oder Dienstleistungen zu beziehen. Eine Ausschließlichkeitsvereinbarung in Form einer Alleinbezugs Klausel fällt unter diese

§ 4 Rn. 10.69: Das Hochtreiben des Preises zum Nachteil von Mitbewerbern ist unlauter. In vorliegendem Zusammenhang passt § 4 Nr. 10 UWG allerdings nicht, da durch Scheingebote i.d.R. nicht Mitbewerber gezielt behindert werden sollen, sondern die Zahlungsbereitschaft der Marktgegenseite manipuliert wird.

⁷⁷ Heyers NJW 2012, 2548 (2549).

⁷⁸ Vgl. OLG Frankfurt NJW 1993, 1477; OLG Zweibrücken NJW 1998, 1409. Dies muss aber nicht so sein. Beim Schweizer Auktionshaus Koller werden die Steigerungsobjekte im Namen und für Rechnung des Einlieferers versteigert, s. Koller-Auktionsbedingungen, Nr. 1 (www.kollerauktionen.ch/shared/pdf/01_Bedingungen/bed_d.pdf).

⁷⁹ Zu einem anderen Ausschließlichkeitsverhältnis, nämlich dem zwischen Künstler und Galerie s. *Bischoff* Die Kunstmärkte, Kap. 4.2.2.2.1.

⁸⁰ Zur vertragsrechtlichen Beurteilung von Alleinaufträgen zugunsten von Handelsplattformen s. *Spindler* in Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2. Aufl. 2005, Kap. 5 Rn. 131 ff.

⁸¹ Skripsky Die Online-Kunstauktion, 2006, 157.

⁸² VO (EU) Nr. 330/2010. Die aktuelle Verordnung ist nicht auf den Altfall anwendbar. Insofern sind die Überlegungen im Haupttext gegenwartshypothetisch.

⁸³ S.o. Fn. 15.

Definition und ist ein klassischer Anwendungsfall: Die Einlieferer verpflichten sich dazu, keine Auktionsdienstleistungen von anderen Auktionshäusern oder sonstigen Akteuren auf dem Kunstmarkt zu beziehen. Die Anwendbarkeit der schwarzen Klausel würde also davon abhängen, ob die Parteien die Laufzeit des Wettbewerbsverbots auf maximal fünf Jahre begrenzt haben, was im *Sotheby's*-Beispiel offenbar der Fall war.⁸⁴

3. Einzelfreistellung

Findet die Gruppenfreistellungsverordnung aufgrund der Marktanteilsschwellen keine Anwendung, oder entfällt die Vereinbarung von Exklusivität wegen der einschlägigen schwarzen Klausel, wären die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen. Die Parteien müssten nachweisen (s. Art. 2 S. 2 VO 1/2003), dass ihre Verträge, insbesondere die Vereinbarung von Exklusivität, erforderlich sind, um die Produktion, Distribution oder Innovation zu fördern. Im Vordergrund würde dabei die Frage stehen, ob der Übergang vom klassischen Präsenzauktionsgeschäft zur Online-Versteigerung Exklusivität voraussetzt. Hier ist Skepsis geboten.

Zu einer behördlichen oder gerichtlichen Überprüfung der betreffenden Klauseln ist es offenbar nicht gekommen, wohl auch deshalb, weil das Online-Geschäft für hochwertige Kunstwerke von untergeordneter Bedeutung geblieben ist, und weil für den Vertrieb weniger wertvoller Gegenstände zahlreiche Substitute zur Verfügung stehen.⁸⁵

VI. Authentifizierung von Kunstwerken

1. Bedeutung

Die Echtheit eines Kunstwerks determiniert seinen Wert. Auch wenn der Begriff der Echtheit relativ ist, steht doch fest, dass Fälschungen keine echten Kunstwerke sind.⁸⁶ Zur Erzielung eines angemessenen Preises auf den Sekundärmärkten ist es erforderlich, dass der Verkäufer eine entsprechende Zuschreibung vorweisen kann. Offenbar existieren "natürliche Monopole" für die Authentifizierung von Werken einzelner Künstler oder Epochen: Von den beteiligten Kreisen wird häufig nur eine bestimmte Zuschreibungsautorität anerkannt. Es kann sich dabei um einen einzelnen Experten oder eine Zuschreibungsinstitution handeln. Die Zuschreibung erfolgt in Form einer Expertise oder durch Eintragung in ein Werkverzeichnis (*catalogue raisonné*).

Die Authentifizierungsmärkte sind damit den Kunstmärkten vorgelagert. Ohne mehr oder weniger klare Zuschreibung sinkt der zu erwartende Preis. Häufig ist das Werk ohne Zuschreibung gar nicht handelbar. In der Praxis kommt es häufig zu Streitigkeiten in diesem Zusammenhang. Kann der Experte zur Erstellung einer Expertise gezwungen werden, und gibt es inhaltliche Vorgaben für die Stellungnahme? Die kartellrechtlichen Vorgaben seien im Folgenden skizziert.⁸⁷

2. Kartellrechtliche Vorgaben

Wenn Experten regelmäßig und entgeltlich tätig werden, besteht an ihrer Unternehmensqualität kein Zweifel. Da im Kartellrecht der funktionale Unternehmensbegriff gilt, werden aber auch Experten erfasst, die lediglich auf Selbstkostenbasis oder gar kostenlos

⁸⁴ S. die Angaben bei *Skripsky* Die Online-Kunstauktion, 2006, 8: Beschränkung der Exklusivität auf drei Jahre.

⁸⁵ S. den Überblick über die Marktentwicklung bei *Skripsky* Die Online-Kunstauktion, 2006, 4 ff., 18 ff.

⁸⁶ *Jacobs* GRUR 2013, 8 (9), mit Hinweis auf den Streit um die Authentizität von Martin Kippenbergers Bild "Paris Bar", das auf einer Auktion einen Kaufpreis von 2,5 Millionen Euro erzielte. Später stellte sich heraus, dass das Bild im Auftrag von Kippenberger von einem anderen gemalt worden war. Zweifel an der Echtheit des Werks wurden mit dem Argument gekontert, dass für Kippenberger Malenlassen ein künstlerisches Prinzip sei.

⁸⁷ Grundlegend für die kartellrechtliche Aufarbeitung von Zuschreibungsmonopolen von *Brühl* Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem, 2008.

tätig werden.⁸⁸ Da Zuschreibungsautoritäten nach den tatsächlichen Gegebenheiten im Kunstsektor häufig nicht austauschbar sind, gelangt man häufig zu engen, gar atomistischen Marktabgrenzungen: Der sachlich relevante Markt beschränkt sich dann auf das Fachgebiet des betreffenden Experten. Wenn es eine einzige maßgebliche Autorität für einen bestimmten Maler gibt, hat diese Person oder Institution ein Monopol, also eine marktbeherrschende Stellung im Sinn des Kartellrechts inne.⁸⁹

Fraglich ist, welche Verhaltensweisen marktbeherrschender Experten als Missbrauch einzustufen sind. Als missbräuchlich wird man die gänzliche Weigerung anzusehen haben, eine Expertise zu erstellen oder die Frage der Eintragung in ein Werkverzeichnis zu prüfen. Für weitergehende Ansprüche ist wie immer in den Missbrauchsfällen eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Dem Anliegen des Eigentümers auf (möglichst positive) Begutachtung steht das Interesse des Experten auf unvoreingenommene und ergebnisoffene Begutachtung und sein Recht zur Ausübung sachgemäßen Ermessens gegenüber. Ein Ausgleich der Interessen sollte dadurch erfolgen, dass zwar keine Pflicht zur Erstellung einer günstigen Expertise oder auf Eintragung in ein Werkverzeichnis (*obligation de résultat*), wohl aber zu methodengerechter Echtheitsuntersuchung und Expertisenerteilung (*obligation de moyen*) besteht.⁹⁰

Die beschriebene Konstellation ist der Fallgruppe des kartellrechtlichen Kontrahierungszwangs zuzuweisen. Wie immer in diesen Fällen schuldet der Begünstigte dem Verpflichteten die Zahlung eines angemessenen Entgelts.⁹¹

3. Anwendungsbeispiel

Schon häufig sind Eigentümer von Kunstwerken mit Authentifizierungsinstanzen zusammengestoßen. Genannt sei hier das Beispiel des Sammlers *Joe Simon-Whelan*. Er verklagte das *Andy Warhol Authentication Board*⁹² vor einem Bundesgericht in New York, weil es die Authentifizierung seines (nicht nur) von ihm für echt gehaltenen *Warhol*-Siebdrucks verweigert hatte. Ohne eine Echtheitsbestätigung dieses Gremiums hatte man keinen Zugang zu den großen Auktionshäusern und konnte man auch sonst am Markt keinen Käufer finden, jedenfalls nicht zum Preis eines Originals. Der Kläger erhob Kartell- und Monopolisierungsvorwürfe (Section 1 und 2 Sherman Act) und brachte u.a. vor, dass das *Andy Warhol Authentication Board* die Zahl der authentifizierten *Warhols* niedrig halten möchte, weil dies den Wert der *Warhol*-Werke im Eigentum der *Andy Warhol Foundation* (zu der das *Andy Warhol Authentication Board* gehört) erhalte oder steigern.⁹³ In der Sache ging es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Siebdruck ein Original darstellt.⁹⁴

Die Klage wurde 2010 mangels finanzieller Ressourcen zurückgezogen. Ein gerichtlicher Entscheid, der sich mit den kartellrechtlichen Anforderungen an Kunstexperten auseinandersetzt, existiert deshalb noch nicht.

⁸⁸ von Brühl Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem, 2008, 75 ff.

⁸⁹ von Brühl Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem, 2008, 100 ff. mit Differenzierung zwischen Vollmonopol und pluraler Zuschreibungsautorität. Eher den Ausnahmecharakter von Abhängigkeitslagen betont Kirchmaier in Ebling/Schulze Kunstrecht, 2. Aufl. 2012, 5. Teil Rn. 19 ff.

⁹⁰ von Brühl Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem, 2008, 126 ff., 194 ff.

⁹¹ Bulst in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, Art. 82 EG, Rn. 260. Vgl. auch Art. 13 lit. b des schweizerischen Kartellgesetzes, wonach „der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschließen haben“; s. hierzu Arnet Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, 2008, 198 ff.

⁹² Das *Andy Warhol Authentication Board* wurde 2012 aufgelöst.

⁹³ S. umfassend zum Fall *Lacy Standardizing Warhol: Antitrust Liability For Denying the Authenticity of Artwork*, 6 Washington Journal of Law, Technology & Arts 185 (2011).

⁹⁴ S. hierzu von Brühl, Handelsblatt v. 3./4.12.2010, 82.

VII. Fazit

Auktionen intensivieren den Wettbewerb. Bei der Kunstauktion treffen Einlieferer und Bieter am selben Ort aufeinander. Die Vielzahl von Akteuren soll für ein verzerrungsfreies Funktionieren des Preismechanismus sorgen. Die besondere Form des Wettbewerbs und die große Nähe sorgen aber auch für Risiken. Die Auktion kann manipuliert werden, einerseits durch Eingriffe des Einlieferers, andererseits durch Kollusion der Bieter. Gefahren drohen auch auf benachbarten Märkten: Der Markt für die Dienstleistungen der Kunstauktionshäuser war bereits Gegenstand eines Kartells mit weltweiter Wirkung. Auf dem vorgelagerten Markt für Authentifizierungsdienste gibt es offenbar eine Tendenz zum Monopol. Obwohl diese Phänomene bekannt sind, überrascht es, dass es im Kunstsektor zu den Bieterkartellen, den Scheingeboten und den Zuschreibungsmonopolen nur spärliches Fallmaterial gibt. Dennoch ist die kartellrechtliche Analyse dieses Gegenstandsbereichs nicht *l'art pour l'art*. Auch wenn es um ganz besondere Produkte geht, gilt der allgemeine Ordnungsrahmen doch auch im Bereich der Kunst.